

VU Research Portal

Legaliteit in het materiele strafrecht

Rozemond, N.

published in

Rechtsgeleerd magazijn Themis
1999

[Link to publication in VU Research Portal](#)

citation for published version (APA)

Rozemond, N. (1999). Legaliteit in het materiele strafrecht. *Rechtsgeleerd magazijn Themis*, 4, 117-130.

General rights

Copyright and moral rights for the publications made accessible in the public portal are retained by the authors and/or other copyright owners and it is a condition of accessing publications that users recognise and abide by the legal requirements associated with these rights.

- Users may download and print one copy of any publication from the public portal for the purpose of private study or research.
- You may not further distribute the material or use it for any profit-making activity or commercial gain
- You may freely distribute the URL identifying the publication in the public portal ?

Take down policy

If you believe that this document breaches copyright please contact us providing details, and we will remove access to the work immediately and investigate your claim.

E-mail address:

vuresearchportal.ub@vu.nl

Legaliteit in het materiële strafrecht

Klaas Rozemond

Inleiding: Stiefkind, Tongzoen, Kinderporno

In het Stiefkind-arrest besliste de Hoge Raad dat er alleen sprake kan zijn van een stiefkind in de zin van art. 249 lid 1 Sr indien de dader van ontucht getrouwd is met de ouder van het kind waarmee hij ontucht pleegt.¹ Blijkens de wetsgeschiedenis van deze bepaling had de wetgever bij het begrip stiefkind een kind op het oog van een ouder waarmee de dader is gehuwd. De Hoge Raad verwees naar kamerstukken en rapporten uit de jaren dertig van de twintigste eeuw om deze wetshistorische interpretatie te onderbouwen. De uitdrukkelijke bedoeling van de wetgever noopt, gelet op het bepaalde van art. 1 Sr, tot terughoudendheid bij de uitleg van het begrip stiefkind in art. 249 Sr, aldus de Hoge Raad.

Volgens de Hoge Raad is de strekking van art. 249 lid 1 Sr het verlenen van bescherming aan minderjarigen die in een positie van afhankelijkheid verkeren ten opzichte van de dader. Aan die afhankelijkheid kan de dader een zeker overwicht ontleen waartegen de minderjarige strafrechtelijk dient te worden beschermd. Deze strekking is volgens de Hoge Raad een argument voor een extensieve interpretatie van het begrip stiefkind die aansluit bij veranderde maatschappelijke opvattingen omtrent samenlevingsvormen en de ontwikkelingen die zich dienaangaande sedert de jaren dertig hebben voorgedaan. De Hoge Raad overwoog echter dat bij een dergelijke extensieve interpretatie, gelet op de verscheidenheid aan samenlevingsvormen, keuzes moeten worden gemaakt die de rechtsvormende taak van de rechter te buiten gaan. Bovendien zou de ontucht van een man met een kind van zijn vriendin onder art. 248ter Sr kunnen vallen voorzover er sprake is van een 'uit feitelijke verhoudingen voortvloeiend overwicht'.

In het Tongzoen-arrest besliste de Hoge Raad dat een tongzoen onder het begrip 'seksueel binnendringen van het lichaam' in de zin van art. 242 Sr kan vallen.² Ter onderbouwing van deze beslissing verwees de Hoge Raad naar eerdere rechtspraak waarin de term 'seksueel binnendringen' was uitgelegd als ieder binnendringen van het lichaam met een seksuele strekking.³ De Hoge Raad wierp in het Tongzoen-arrest de vraag op of een uitzondering moet worden gemaakt voor de gevallen waarin het binnendringen van het lichaam niet gelijkgesteld kan worden aan het binnendringen met een lichaamsdeel in anus of vagina. De Hoge Raad beantwoordde deze vraag ontkennend. De wetsgeschiedenis dwingt volgens de Hoge Raad tot de opvatting dat de wetgever geen beperking heeft willen aanbrengen in de wijze waarop het lichaam is binnengedrongen.

¹ HR 7 januari 1997, NJ 1997, 361 m.nt. 'tH.

² HR 21 april 1998, NJ 1998, 781 m.nt. JdH.

³ HR 22 februari 1994, NJ 1994, 379.

Ook de ratio van art. 242 Sr wijst volgens de Hoge Raad in die richting. Ogenscheinlijk minder ernstige vormen van binnendringen van het lichaam met een seksuele strekking kunnen als een ingrijpende aantasting van de lichamelijke integriteit worden ervaren en kunnen even kwetsend zijn als gedwongen geslachtsgemeenschap. Gelet op de wetsgeschiedenis en de ratio van de bepaling kan de toepasselijkheid van art. 242 Sr niet afhankelijk worden gesteld van de wijze waarop het lichaam is binnengedrongen en de aard en ernst daarvan. Een dergelijke differentiatie zou ook op gespannen voet staan met de eisen die vanuit een oogpunt van rechtszekerheid aan de afgrenzing van de betreffende bepaling moeten worden gesteld, aldus de Hoge Raad.

In het Kinderporno-arrest besliste de Hoge Raad dat het in bezit hebben van een enkele afbeelding van kinderporno het 'in voorraad hebben' van een afbeelding kan zijn in de zin van art. 240b lid 1 Sr.⁴ Uit de wetsgeschiedenis blijkt dat het doel van deze bepaling de effectieve bestrijding is van zedendelicten die ten aanzien van kinderen worden gepleegd. Daarbij was het de aanvankelijke bedoeling om het in bezit hebben van kinderporno 'voor eigen gebruik' strafbaar te stellen. Deze bedoeling is tijdens de parlementaire behandeling van de bepaling genuanceerd in de zin dat 'in voorraad hebben' niet gelijkgesteld kan worden aan 'in bezit hebben'. Het begrip 'in voorraad hebben' houdt een zekere pluraliteit in, maar heeft ook een zekere externe connotatie.

Deze nuancering is echter volgens de Hoge Raad moeilijk te verenigen met de tekst van de bepaling en de ratio ervan die ook bij de behandeling in de Eerste Kamer werd benadrukt. De nuancering staat bovendien op gespannen voet met de eisen die uit een oogpunt van rechtszekerheid aan de afgrenzing van de bepaling moeten worden gesteld. De Hoge Raad kwam om deze redenen tot het oordeel dat de ratio van de bepaling en de oorspronkelijke interpretatie daarvan in de Memorie van Toelichting dienen te prevaleren ten opzichte van de nuancering daarvan tijdens de parlementaire behandeling van de bepaling.⁵

Deze drie arresten geven een opmerkelijk verschil te zien in de wijze waarop de Hoge Raad met de wetsgeschiedenis omgaat. In het Stiefkind-arrest vormde de parlementaire geschiedenis uit de jaren dertig nog een belemmering voor een extensieve interpretatie van een strafbepaling. De Hoge Raad hechtte meer waarde aan de bedoelingen van de wetgever van zestig jaar geleden dan aan de strekking van de betreffende bepaling en de veranderde maatschappelijke opvattingen. In het Tongzoen-arrest beschouwde de Hoge Raad de recente wetsgeschiedenis juist als een argument voor een extensieve uitleg van een wettelijk bestanddeel. In het Kinderporno-arrest ging de Hoge Raad zelfs nadrukkelijk in tegen opvattingen zoals deze zeer recent onder woorden waren gebracht tijdens parlementaire debatten.

Wanneer waarde moet worden gehecht aan de democratische legitimatie van strafrechtelijke beslissingen, dan zou een omgekeerde gang van zaken meer voor de hand hebben gelegen. De democratische legitimatie van recente politieke opvattingen is sterker dan de opvattingen van de wetgever uit de jaren dertig. Bovendien hangt het verloop van de wetsgeschiedenis vaak van toevalligheden en specifieke historische omstandigheden af.

⁴ HR 21 april 1998, NJ 1998, 782 m.nt. 'tH.

⁵ De Hoge Raad besliste in het arrest ook dat een foto van een gewraakte afbeelding in de telastelegging kan worden opgenomen of daarbij kan worden gevoegd (overweging 4.4.4). Een merkwaardig gevolg van deze beslissing is dat de verdachte via de dagvaarding een afbeelding van kinderporno in zijn bezit krijgt en daardoor onder de ruim uitgelegde bepaling van art. 240b Sr valt.

Daardoor kan het toekennen van een zwaar gewicht aan wetshistorische opvattingen van lange tijd geleden een vorm van willekeur zijn.

Zo is de recente aanscherping van de strafwetgeving inzake kinderporno bedoeld om zedendelicten ten aanzien van kinderen effectiever te kunnen bestrijden. Het plegen van ontucht met een 'stiefkind' is onmiskenbaar een zedendelict. De wetgever heeft echter nagelaten om zich bij de recente wijziging van art. 240b Sr te beraden over de reikwijdte van art. 249 lid 1 Sr. In het licht van de ratio van de recente wijziging (betere bescherming van kinderen tegen zedenmisdrijven) is dat een evidente omissie.⁶ Het begrip stiefkind kan daarom beter worden uitgelegd aan de hand van hedendaagse opvattingen over de wenselijkheid om de strafrechtelijke bescherming van kinderen uit te breiden dan aan de hand van opvattingen uit de jaren dertig over de bijzondere status van het huwelijk.⁷

Ook de recente wijziging van art. 242 Sr kan worden beschouwd als een uiting van de wil van de wetgever om de bescherming van slachtoffers van zedendelicten uit te breiden. In het Tongzooen-arrest interpreteerde de Hoge Raad het bestanddeel 'seksueel binnendringen van het lichaam' in het licht van een ruime strekking van deze bepaling. De toevoeging van het bestanddeel 'een andere feitelijkheid' aan art. 242 Sr betekende eveneens een uitbreiding van de bescherming van slachtoffers. In een arrest van 30 september 1997 besliste de Hoge Raad dat het aanwenden van stiefouderlijk gezag een feitelijkheid kan zijn in de zin van art. 242 Sr. In deze zaak had het begrip stiefouderlijk gezag niet een juridische, maar een feitelijke betekenis.⁸ Een gevolg hiervan is dat art. 242 Sr via recente wetswijzigingen een ruim bereik heeft gekregen. Het ongewijzigde art. 249 lid 1 Sr heeft echter nog steeds een beperkt bereik op grond van de wetsgeschiedenis uit de jaren dertig.

In de besproken beslissingen van de Hoge Raad komt een spanning tot uiting tussen de wetshistorische bedoelingen en de strekkingen van de verschillende wetbepalingen. Aan deze spanning liggen twee verschillende opvattingen over legaliteit ten grondslag: een regelconceptie en een rechtenconceptie van legaliteit. Volgens een regelconceptie van legaliteit zijn strafbepalingen regels die de democratisch gelegitimeerde bedoeling van de wetgever tot uitdrukking brengen. In de regelconceptie van legaliteit spelen de rechtszekerheid en de 'afgrenzing van de strafbepaling' een belangrijke rol. Aan de hand van duidelijk afgegrensde bepalingen zijn burgers in staat na te gaan welke gedragingen strafbaar zijn. Volgens de regelconceptie van legaliteit zijn de tekst van de wet en de bedoeling van de wetgever om deze redenen zwaarwegende factoren bij de uitleg van de wet.

Volgens een rechtenconceptie van legaliteit vinden strafbepalingen hun rechtvaardiging in het feit dat zij rechten van burgers beschermen. Daarom dient een zwaar gewicht te worden toegekend aan de strekking van strafbepalingen. Deze strekking kan

⁶ Een vergelijkbare omissie doet zich voor ten aanzien van de begrippen 'bewusteloosheid' en 'onmacht' in de zin van art. 247 Sr. Deze bepaling is recent gewijzigd door de toevoeging van een bestanddeel inzake ontucht met personen met een geestelijke stoornis. Het onmacht- en het bewusteloosheidsbestanddeel zijn echter niet veranderd zodat de betekenis van deze bestanddelen in rechtspraak en literatuur nog steeds wordt bepaald aan de hand van opvattingen uit de negentiende eeuw en niet aan de hand van hedendaagse opvattingen over de bescherming van personen die niet of onvolkomen in staat zijn hun wil te bepalen. Zie hierover Klaas Rozemond, *De teleologie van de bewusteloosheid en de lichamelijke onmacht*, Nederlands Juristenblad 22 augustus 1997 afl. 29, p. 1332-1333.

⁷ Zie over de verhouding tussen art. 249 lid 1 en art. 240b Sr in het licht van de strekking van deze laatste bepaling overweging 6.5 in HR 20 januari 1998, NJ 1998, 336.

⁸ Overweging 5.2 en 5.3 in HR 30 september 1997, NJ 1998, 116.

bestaan uit de strafrechtelijke bescherming van fundamentele rechten van burgers, zoals het recht op eerbiediging van de persoonlijke levenssfeer en het recht op onaantastbaarheid van het lichaam. Zedelijkheidswetgeving is een voorbeeld van wetgeving met een dergelijke strekking: strafbepalingen zijn gericht op de bescherming van de (seksuele) integriteit van mogelijke slachtoffers.

In de rechtsfilosofie heeft Ronald Dworkin een rechtenconceptie van legaliteit verdedigd. Deze rechtenconceptie is mede gebaseerd op een bepaalde mate van wantrouwen tegen wethistorische interpretatie. Ik zal hieronder allereerst de opvattingen van Dworkin over legaliteit uiteenzetten. Vervolgens zal ik het wantrouwen van Dworkin tegen wethistorische interpretatie illustreren aan de hand van de conclusies van het Openbaar Ministerie bij Stiefkind, Tongzooen en Kinderporno. Deze conclusies laten het wisselvallige verloop zien van de geschiedenis van de verschillende strafbepalingen waardoor deze geschiedenis weinig houvast biedt bij de wetsinterpretatie.

In de rechtspraak van het Europese Hof voor de Rechten van de Mens komt eveneens een rechtenconceptie van legaliteit tot uiting. Volgens enkele beslissingen van het Europese Hof zijn verdragsluitende staten in bepaalde gevallen verplicht om adequate strafrechtelijke maatregelen te nemen ter bescherming van de fundamentele rechten van slachtoffers. Aan de hand van deze rechtspraak zal ik trachten te laten zien dat een vergelijkbare verplichting voor de rechter geldt: de rechter dient strafbepalingen uit te leggen in overeenstemming met de rechten van slachtoffers zoals deze worden beschermd door het EVRM. De uitleg die het Europese Hof aan het legaliteitsbeginsel van art. 7 EVRM geeft, biedt ook de ruimte voor een extensieve en verdragsconforme interpretatie van strafbepalingen door de rechter.

De rechtenconceptie van legaliteit

In zijn boek *A Matter of Principle* analyseert Ronald Dworkin twee concepties van legaliteit: een regelconceptie ('rule-book conception') en een rechtenconceptie ('rights conception').⁹ De regelconceptie is gebaseerd op het uitgangspunt dat recht bestaat uit regels die in de vorm van wetten zijn afgekondigd door een democratisch gekozen wetgever. Deze regels moeten overeenkomstig de bedoelingen van de wetgever worden toegepast. Deze bedoelingen blijken allereerst uit de letterlijke tekst van de wet. Wanneer deze tekst niet duidelijk is, moet een regel worden toegepast volgens de historische bedoelingen van de wetgever. De legitimatie van deze gang van zaken berust op een politieke theorie over democratie: alleen de wetgever is bevoegd om regels af te kondigen die burgers binden, omdat de beslissingen van de wetgever democratisch gelegitimeerd zijn.

De rechtenconceptie van legaliteit is gebaseerd op de gedachte dat het recht is gericht op het verwezenlijken van rechtvaardigheid. Wat rechtvaardigheid is, kan worden omschreven met behulp van een politieke theorie over de fundamentele rechten van burgers. De rechtenconceptie van legaliteit is tevens een conceptie over wat democratie is. Volgens de rechtenconceptie is democratie een middel om fundamentele rechten van burgers te verwezenlijken. Democratische besluitvorming is allereerst gericht op de vaststelling van rechten van burgers. Burgers hebben bovendien het fundamentele recht om invloed uit te oefenen op de vaststelling van hun rechten door te participeren in democratische besluitvorming. Tegelijk is de politieke besluitvorming in een democratie gebonden aan de rechten die zij beoogt te

⁹ Ronald Dworkin, *A Matter of Principle*, Oxford: Clarendon Press 1985, p. 11 e.v.

verwezenlijken.

De regelconceptie en de rechtenconceptie van legaliteit sluiten elkaar volgens Dworkin niet uit. In het ideale geval overlappen zij elkaar: de regels die de wetgever afkondigt zijn in overeenstemming met de fundamentele rechten van burgers en zij dragen ook bij tot verwezenlijking van die rechten. De tegenstelling tussen de twee concepties van legaliteit komt vooral tot uiting in moeilijke gevallen waarin de tekst van de wet niet duidelijk is en waarin de bedoelingen van de wetgever evenmin duidelijk zijn. Ook kunnen zich tegenstellingen voordoen in gevallen waarin de tekst van de wet en de bedoeling van de wetgever wel duidelijk zijn, maar zij op gespannen voet staan met fundamentele rechten van burgers.

De vraag die zich in deze gevallen voordoet, is of de rechter bevoegd is om een beslissing te nemen die de bedoelingen van de wetgever aanvult of zelfs tegen deze bedoelingen ingaat. Een probleem hierbij is dat een beslissing van een rechter in tegenstelling tot een beslissing van de wetgever niet democratisch gelegitimeerd lijkt te zijn. Dit is echter slechts het geval volgens een opvatting over democratie waarin democratische legitimatie wordt beperkt tot de specifieke besluiten van volksvertegenwoordigers.

De rechtenconceptie van legaliteit gaat uit van een ruimere opvatting over democratie. Volgens de rechtenconceptie zijn de beslissingen van de wetgever gericht op het verwezenlijken van fundamentele rechten van burgers. Uit de beslissingen van de wetgever kan worden afgeleid wat deze fundamentele rechten zijn. Volgens de rechtenconceptie dient daarbij niet slechts te worden gekeken naar afzonderlijke beslissingen van de wetgever uit het verleden. In de loop van de tijd neemt de wetgever een reeks beslissingen waaruit een patroon van fundamentele rechten en beginselen kan worden afgeleid. Deze rechten en beginselen kunnen een rechtvaardiging verschaffen voor afzonderlijke beslissingen van de wetgever en ook van de rechter.¹⁰

De rechtenconceptie van Dworkin is gebaseerd op een bepaalde mate van wantrouwen tegenover wetshistorische interpretatie.¹¹ De historische bedoelingen van de wetgever stammen vaak uit een tijd waarin de opvattingen over rechten van burgers wezenlijk anders waren dan de huidige opvattingen. De historische bedoelingen zijn in bepaalde gevallen ook moeilijk te reconstrueren uit parlementaire teksten van lange tijd geleden. Soms zijn in deze teksten meerdere tegengestelde bedoelingen te vinden, zodat het lijkt alsof de wetgever zichzelf tegenspreekt. Het is in dergelijke gevallen niet duidelijk welke van de tegengestelde bedoelingen de doorslag dient te geven.

Bovendien zijn de historische opvattingen van de wetgever gelaagd van structuur. Zij bestaan uit concrete opvattingen over de betekenis van specifieke begrippen in afzonderlijke wetsbepalingen. De bedoelingen van de wetgever bestaan echter ook uit meer abstracte opvattingen over de fundamentele rechten van burgers en over het streven naar concretisering van deze rechten in specifieke wetsvoorschriften. De abstracte bedoelingen van de wetgever blijken uit constitutionele teksten waarin met open termen de algemene rechten van burgers worden omschreven die in meer concrete wetsvoorschriften nader worden gespecificeerd. De gelaagdheid van wetshistorische bedoelingen betekent dat specifieke wetsvoorschriften

¹⁰ Zie voor de opvattingen van Dworkin over democratie ook Ronald Dworkin, *Freedom's Law*, Cambridge (Mass.): Harvard University Press 1996, p. 1-38.

¹¹ *A Matter of Principle*, p. 38 e.v. Zie ook Ronald Dworkin, *Law's Empire*, London: Fontana Press 1986, p. 313 e.v. en 359 e.v.

moeten worden uitgelegd in het licht van de meer algemene rechten waarvan zij de concretisering zijn. Wanneer opvattingen over de betekenis van algemene rechten veranderen, volgt daaruit dat de betekenis van specifieke wetsvoorschriften verandert, ook al blijft de letterlijke tekst van deze voorschriften ongewijzigd.

De kritiek van Dworkin op wetshistorische interpretatie impliceert dat de rechter niet stil kan blijven staan bij de concrete bedoelingen van de wetgever uit een bepaalde historische periode. Op dit punt vertoont de kritiek van Dworkin een sterke verwantschap met de opvattingen van Scholten over de beperkte betekenis van wetshistorische interpretatie.¹² De essentie van de kritiek van Dworkin en Scholten is dat de wetgever zijn opvattingen in specifieke historische omstandigheden formuleert. Die omstandigheden zijn aan verandering onderhevig. De ontwikkeling van het recht is een weerspiegeling van veranderingen in maatschappelijke omstandigheden en opvattingen.

Het is daarom niet goed mogelijk de opvattingen van de wetgever zonder meer toe te passen in een latere tijd waarin het recht en de samenleving wezenlijk anders zijn dan in de tijd waarin de opvattingen werden geformuleerd. Wanneer dat toch wordt gedaan, krijgt de zogenaamd wetshistorische interpretatie een a-historisch karakter: er wordt voorbijgegaan aan de specifieke omstandigheden waarin bepaalde opvattingen tot stand zijn gekomen en aan de latere veranderingen in recht en samenleving. Deze veranderingen kunnen zwaarwegende redenen opleveren om oude wetteksten een nieuwe betekenis te geven, bijvoorbeeld wetteksten uit het Wetboek van Strafrecht die sinds 1886 ongewijzigd zijn gebleven.¹³

Veranderingen in recht en samenleving vinden op verschillende niveaus plaats. Allereerst zijn de regels inzake democratische besluitvorming aan verandering onderhevig. Zo waren de opvattingen over democratische besluitvorming in de negentiende eeuw, toen het Wetboek van Strafrecht werd ontworpen, wezenlijk anders dan de huidige opvattingen over democratie en algemeen kiesrecht. Ook zijn de opvattingen over de rol van fundamentele rechten van burgers ingrijpend gewijzigd ten opzichte van de opvattingen uit de negentiende eeuw. Deze veranderingen komen tot uitdrukking in wijzigingen van het recht, bijvoorbeeld wijziging van de Kieswet en de Grondwet, verandering van wetgeving in het strafrecht en in andere rechtsgebieden en de inwerkingtreding van mensenrechtenverdragen.

De regelconceptie van legaliteit houdt geen rekening met al deze veranderingen. Volgens de regelconceptie moet de letterlijke tekst van een wet overeenkomstig de historische bedoelingen van de wetgever worden toegepast. De filosofie van deze regelconceptie stamt uit het begin van de negentiende eeuw en is neergelegd in de Wet Algemene Bepalingen van 1829. Deze filosofie leert dat de rechter niet bevoegd is om de innerlijke waarde van de wet te beoordelen en dat een wet alleen haar kracht kan verliezen door een latere wet.

De rechtenconceptie van legaliteit is juist gebaseerd op de filosofie dat de rechter de plicht heeft om de waarde van de wet te bepalen aan de hand van rechten van burgers. Bovendien is de democratische legitimatie van recente ontwikkelingen in het recht aanzienlijk

¹² Paul Scholten, *Algemeen Deel*, derde druk, Zwolle: Tjeenk Willink 1974, p. 41 en 45. Zie ook J.B.M. Vranken, *Algemeen Deel*, Zwolle: Tjeenk Willink 1995, p. 92-102.

¹³ Vgl. de kritiek van 't Hart in zijn noot onder HR 28 februari 1988, NJ 1989, 658 op de wetshistorische interpretatie van art. 243 en 247 Sr in dat arrest. Een gevolg van deze wetshistorische interpretatie was dat opvattingen uit de negentiende eeuw over de behandeling van krankzinnigen een eeuw later werden toegepast in omstandigheden die inmiddels ingrijpend waren gewijzigd.

sterker dan de democratische legitimatie van oude bepalingen uit het Wetboek van Strafrecht. Daaruit volgt dat oude strafrechtelijke bepalingen dienen te worden geïnterpreteerd in het licht van recente ontwikkelingen in het recht. Wanneer historische opvattingen uit vervlogen tijden de doorslag geven bij de uitleg van wetten, dan is de democratische legitimatie van de wetstoepassing juist uiterst problematisch.

Zedenwetgeving als voorbeeld

De strafrechtelijke zedelijkheidswetgeving is een goed voorbeeld van een rechtsgebied waarin de verandering van wettelijke bepalingen, de wijziging van de Grondwet en de doorwerking van mensenrechtenverdragen tot nieuwe interpretaties van oude wetsteksten kunnen leiden. Tevens biedt dit rechtsgebied voorbeelden van het wisselvallige verloop van de parlementaire behandeling van wetgeving waardoor de wetsgeschiedenis weinig houvast lijkt te bieden bij de uitleg van wettelijke regels. De opvattingen van de wetgever inzake de betekenis van concrete bestanddelen zijn vaak onjuist, tegenstrijdig of onduidelijk, zodat deze bestanddelen moeten worden uitgelegd in het licht van meer abstracte doelen van wetgeving.

De conclusies van A-G Machielse voor het Tongzoen-arrest en het Kinderporno-arrest bevatten illustraties van de wisselvalligheden van de wetsgeschiedenis. In zijn conclusie voor het Tongzoen-arrest betoogde Machielse dat het aanvankelijk niet de bedoeling was om de term 'vleselijke gemeenschap' uit art. 242 Sr (verkrachting) te vervangen door het bestanddeel 'seksueel binnendringen van het lichaam'. De oorspronkelijke bedoeling van het wetsvoorstel tot wijziging van de zedelijkheidswetgeving was de term 'seksueel binnendringen van het lichaam' op te nemen in een nieuw tweede lid van art. 246 Sr (aanranding). Daarbij dacht men volgens Machielse waarschijnlijk niet aan een tongzoen als een vorm van seksueel binnendringen, maar aan andere handelingen die in ernst gelijkgesteld werden aan vleselijke gemeenschap onder dwang, zoals een anale verkrachting. Uiteindelijk heeft de wetgever om wetssystematische redenen toch gekozen voor wijziging van art. 242 Sr.

Uit het betoog van Machielse kan worden afgeleid dat de wijziging van art. 242 Sr niet op een principiële beslissing berustte om de reikwijdte van de verkrachtingsbepaling aanzienlijk te verruimen. De Hoge Raad las echter in de wetsgeschiedenis een *dwingend* argument om de term 'seksueel binnendringen van het lichaam' ruim uit te leggen. De Hullu brengt in zijn noot onder het arrest zijn twijfel over het dwingende karakter van de wetsgeschiedenis onder woorden: een vriendelijke omschrijving van deze geschiedenis is volgens De Hullu 'open en spannend' en een onvriendelijke omschrijving is 'onduidelijk en warrig'. Een dwingend argument levert de parlementaire geschiedenis van art. 242 Sr volgens De Hullu echter niet op.

Vergelijkbare wisselvalligheden zijn te vinden in de wetsgeschiedenis van art. 240b Sr zoals Machielse deze beschrijft in zijn conclusie voor het Kinderporno-arrest. De aanvankelijke bedoeling van de wijziging van art. 240b Sr was onder andere om met deze bepaling strafrechtelijk te kunnen optreden tegen privébezit van kinderporno. Deze inbreuk op de privacy van de pornobezitter was blijkens de Memorie van Toelichting bij de wetswijziging gerechtvaardigd om effectief te kunnen optreden tegen zedendelicten die worden gepleegd ten aanzien van kinderen. Bescherming van de lichamelijke en geestelijke gezondheid van kinderen maakt een krachtige bestrijding van zedencriminaliteit noodzakelijk, aldus minister van Justitie Hirsch Ballin in de toelichting bij het wetsvoorstel.

In het debat tussen zijn opvolgster Sorgdrager en de Tweede Kamer nuanceerde de

nieuwe minister dit standpunt: de term 'in voorraad hebben' houdt 'pluraliteit' in en een 'naar buiten gerichte connotatie'. Daaruit volgt dat het privébezit van kinderporno volgens de nieuwe minister niet strafbaar zou zijn. De minister kwam hiermee nadrukkelijk terug op het standpunt van haar ambtsvoorganger Hirsch Ballin. Sorgdrager herhaalde haar betoog over pluraliteit en externe connotatie tijdens de plenaire behandeling van het wetsvoorstel in de Tweede Kamer en ook bij de behandeling van het wetsvoorstel in de Eerste Kamer.¹⁴

De parlementaire behandeling van de wijziging van art. 240b Sr is een argument voor het standpunt dat de opvattingen van minister Sorgdrager over pluraliteit en externe connotatie 'democratisch gelegitimeerd' zijn. Het standpunt inzake de bestrijding van het privébezit werd verkondigd door een politicus (Hirsch Ballin) die reeds was afgetreden toen in de Tweede Kamer over het betreffende wetsvoorstel werd gestemd. Bovendien was deze ex-minister lid van een politieke partij die zwaar verlies leed bij de voorafgaande verkiezingen en die ook niet terugkeerde in de nieuwe regering.

Machielse was van oordeel dat 'het niet eenvoudig is de deliberaties bij de totstandkoming van de nieuwe wet uit te leggen op een wijze waarmee de praktijk uit de voeten kan'. Machielse was ook van mening dat door de latere nuancering van het bestanddeel 'in voorraad hebben' de oorspronkelijke strekking van het wetsvoorstel is verduisterd. Machielse concludeerde echter toch dat de uitleg van Sorgdrager de juiste was, ook al stond deze uitleg op gespannen voet met de oorspronkelijke strekking van het wetsvoorstel. Kennelijk achtte Machielse de uitleg van Sorgdrager in tegenstelling tot de opvatting van Hirsch Ballin democratisch gelegitimeerd.

Volgens een beperkte opvatting over democratische legitimatie is het ook moeilijk te verdedigen dat het standpunt van Hirsch Ballin beslissend was in het Kinderporno-arrest. De opvattingen van Hirsch Ballin hebben waarschijnlijk niet de doorslag gegeven bij de aanvaarding van de wet in de Tweede en de Eerste Kamer. De uitkomst van het Kinderporno-arrest is echter wel te rechtvaardigen in het licht van de meer algemene strekking van art. 240b Sr en de rechten van kinderen die door deze strafbepaling worden beschermd. In de ogen van de Hoge Raad levert de ratio van art. 240b Sr (rechtsbescherming van kinderen) kennelijk een betere rechtvaardiging op voor het standpunt van de inmiddels afgetreden Hirsch Ballin dan voor de nuancering van Sorgdrager die het wetsvoorstel in de Tweede en Eerste Kamer verdedigde.¹⁵

In het Stiefkind-arrest moest de algemene strekking van een strafbepaling (art. 249 Sr) juist wijken voor wetshistorische opvattingen uit de jaren dertig. De Hoge Raad verwees daarbij niet alleen naar kamerstukken, maar ook naar rapporten van de 'Vereeniging voor Strafrechtspraak' en de 'Nederlandschen Bond tot Kinderbescherming'. Nu is het historisch

¹⁴ Zie voor de relevante passages uit de kamerstukken de conclusie van Machielse voor het Kinderporno-arrest. Zie ook N.M. Nierop, *Het in voorraad hebben van kinderporno voor eigen gebruik: strafbaar?*, Nederlands Juristenblad 30 oktober 1998 afl. 39, p. 1770-1776 en J. Schuijjer, *Schietend op een bewegend doel: de nieuwe kinderpornowet*, Delikt en Delinkwent 27 (1997) afl. 5, p. 443-453.

¹⁵ De Hoge Raad voerde ook nog een taalkundig argument aan met een verwijzing naar de 'ondubbelzinnige tekst' van art. 240b Sr waar sprake is van 'een afbeelding'. De Hoge Raad ging hier echter voorbij aan het probleem dat de betekenis van 'in voorraad hebben' nu juist wel dubbelzinnig is (dit betekent wat anders dan 'in bezit hebben') en dat deze dubbelzinnigheid niet wordt weggenomen door het enkelvoud van 'een afbeelding'. Vgl. punt 1 van de noot van 't Hart onder het Kinderporno-arrest waar 't Hart er tevens op wijst dat de 'afgrenzing van de bepaling' evenmin een doorslaggevend argument is, gelet op het feit dat die afgrenzing vanwege de onduidelijkheid in de wetsgeschiedenis in de rechtspraak moet plaatsvinden.

gezien wellicht interessant om te weten hoe deze instellingen in de jaren dertig over het huwelijk en over stiefkinderen dachten. Het lijkt echter zinvoller om het begrip stiefkind uit te leggen aan de hand van huidige opvattingen over de bescherming van de rechten van kinderen tegen zedenmisdrijven.

Ook hier was de parlementaire geschiedenis van de betreffende bepaling geen betrouwbare bron van interpretatie. In zijn conclusie voor het Stiefkind-arrest legde A-G Van Dorst de onbetrouwbaarheden in de wetsgeschiedenis bloot. Volgens Van Dorst berustte de wetswijziging uit de jaren dertig waarbij het begrip 'stiefkind' aan art. 249 Sr werd toegevoegd op een verkeerde opvatting inzake het juridische gezag van een stiefouder over een stiefkind. Een stiefouder heeft niet van rechtswege ouderlijk gezag over een stiefkind, terwijl de wetswijziging op de veronderstelling berustte dat dit wel het geval was. De wetgever wilde onderscheid maken tussen 'het uit het rechtsstelsel voortvloeiend gezag' (art. 249 Sr) en 'uit feitelijke verhoudingen voortvloeiend gezag' (art. 248ter Sr). De wetgever vergiste zich volgens Van Dorst echter over de aard van het gezag van de stiefouder over het stiefkind.

Van Dorst concludeerde dat aan de wetsgeschiedenis van art. 249 Sr geen steekhoudend argument kan worden ontleend voor de uitleg van het begrip stiefkind. Betere argumenten kunnen volgens Van Dorst worden ontleend aan de ontwikkelingen in familierechtelijke betrekkingen sedert de jaren dertig en aan de ratio van art. 249 Sr. De ratio van deze bepaling is de bescherming van afhankelijke minderjarigen. Kinderen hebben gelijke aanspraak op strafrechtelijke bescherming wanneer zij in een afhankelijke positie verkeren. Onjuiste of achterhaalde historische opvattingen over huwelijk en ouderlijk gezag mogen geen belemmering zijn voor gelijke bescherming van minderjarigen, zo kan de conclusie van Van Dorst worden samengevat.¹⁶

In het licht van het betoog van Van Dorst is het merkwaardig dat de Hoge Raad in het Stiefkind-arrest zo veel gewicht toekende aan de wetsgeschiedenis van art. 249 Sr. De wetsgeschiedenis van deze bepaling leverde volgens de Hoge Raad een wetshistorische blokkade op voor een extensieve uitleg van het begrip stiefkind. Een dergelijke uitleg zou de rechtsvormende taak van de rechter te buiten gaan, mede gelet op de 'bestaande verscheidenheid aan samenlevingsvormen', aldus de Hoge Raad.

De Hoge Raad hanteerde ook een systematisch argument ter onderbouwing van zijn oordeel: bescherming van minderjarigen in een positie van afhankelijkheid kan worden bereikt via art. 248ter Sr. Daarmee suggereerde de Hoge Raad dat de gewenste bescherming van minderjarigen via een andere strafbepaling toch mogelijk is. In het licht van de grenzen van de rechtsvormende taak van de rechter is dat een opmerkelijk argument. Kennelijk kan de gewenste rechtsbescherming ondanks de verscheidenheid aan samenlevingsvormen toch worden bereikt, maar zal dat moeten worden gedaan via een andere strafbepaling.

Die andere strafbepaling zal dan wel moeten worden uitgelegd aan de hand van het door de Hoge Raad geformuleerde strekking van art. 249 Sr: het verlenen van bescherming aan minderjarigen met een hoedanigheid ten opzichte van de dader die een min of meer grote mate van afhankelijkheid met zich meebrengt. Wanneer art. 248ter Sr niet volgens deze strekking kan worden uitgelegd, ontstaat een leemte in de bescherming van minderjarigen. In het licht van het fundamentele recht van minderjarigen op bescherming van hun seksuele integriteit zou dat moeilijk te rechtvaardigen zijn.¹⁷

¹⁶ Zie ook punt 4 van de noot van 't Hart onder het Stiefkind-arrest.

¹⁷ Vgl. D.H. de Jong, *Zedendelicten: legaliteit, wetshistorie en actualiteit*, Delikt en Delinkwent 27 (1997), afl. 7, 9

In het Kinderporno-arrest en in het Tongzoen-arrest gaf de bescherming van bepaalde rechten mede de doorslag bij de uitleg van wettelijke bepalingen. De strekking van art. 240b Sr is de bescherming van kinderen tegen zedendelicten. De ratio van art. 242 Sr is de bescherming van de (seksuele) integriteit van het lichaam. De strekking van deze strafbepalingen woog in de genoemde arresten zwaarder dan de wisselvalligheden van de wetgeschiedenis. Dat resultaat is aanvaardbaar omdat concrete wetshistorische bedoelingen moeten kunnen worden gerechtvaardigd aan de hand van het algemene doel van zedelijkheidswetgeving: de gelijke bescherming van personen tegen seksueel misbruik en seksuele dwang.

Instrumentele en beschermende aspecten van legaliteit

In zijn noot onder het Kinderporno-arrest maakt 't Hart een onderscheid tussen het instrumentele en het beschermende aspect van art. 240b Sr. Het instrumentele aspect betreft volgens 't Hart het rechtsbelang dat de overheid met deze bepaling beoogt te beschermen. Het beschermende aspect heeft betrekking op de garanties die de strafbepaling aan de individuele verdachte geeft. 't Hart schrijft in zijn noot dat deze aspecten onderling verbonden zijn en dat in abstracto niet kan worden aangegeven welk aspect dient te prevaleren bij de interpretatie van een strafbepaling.

Het instrumentele aspect kan een argument opleveren voor een ruime teleologische interpretatie. Het beschermende aspect stelt hieraan echter grenzen. Volgens 't Hart mag door een extensieve teleologische interpretatie geen verdachte worden veroordeeld die met enige aannemelijkheid zou kunnen zeggen dat hij anders had gehandeld wanneer de strekking van een strafbepaling duidelijk was geweest. Dat is een eis die de rechtsbescherming van de verdachte stelt op grond van het legaliteitsbeginsel, aldus 't Hart.

De passage in de noot van 't Hart kan verwarring wekken door de wijze waarop 't Hart het instrumentele en het beschermende aspect van strafbepalingen van elkaar onderscheidt. 't Hart duidt de bescherming van bepaalde rechtsbelangen met de term 'instrumenteel aspect'. Uit het taalgebruik van 't Hart blijkt dat dit instrumentele aspect een vorm van rechtsbescherming is. Het is verwarrend om de rechtsbescherming van kinderen tegen seksueel misbruik 'instrumenteel' te noemen en om de aanspraken van verdachten op bescherming onder de noemer 'beschermend aspect' te brengen.

De begripsverwarring in de noot van 't Hart is wellicht een gevolg van de heersende leer in de Nederlandse strafrechtswetenschappen. Deze heersende leer duidt misdadbestrijding aan met begrippen als 'instrumenteel', 'doelrationeel' en 'profaan'. Ter onderscheiding van de instrumentele zijde of de profane dimensie van het strafrecht omschrijft de heersende leer de bescherming van verdachten met de term 'rechtsbescherming' of 'morele dimensie van het strafrecht'. Een nadere analyse van de strafrechtelijke bestrijding van zedendelicten laat zien waarom deze heersende leer ondeugdelijk is.¹⁸

p. 629-630 en 't Hart in punt 5 van zijn noot onder het Stiefkind-arrest. 't Hart benadrukte dat een enge interpretatie van het begrip stiefkind voor de *verdachte* geen enkele door de wetgever bedoelde bescherming oplevert. In het vervolg van mijn artikel zal ik op dit aspect nader ingaan.

¹⁸ Zie voor uitgebreide kritiek op de heersende leer Klaas Rozemond, *Pleidooi voor een kritisch instrumentalisme*, Nederlands Tijdschrift voor Rechtsfilosofie en Rechtstheorie 1996 jrg. 25 afl. 3, p. 169-191 en Klaas Rozemond, *Strafvorderlijke rechtsvinding* (diss. Amsterdam VU), Deventer: Gouda Quint 1998, hoofdstuk

Het is evident dat de bescherming van kinderen tegen seksueel misbruik een vorm van rechtsbescherming is en niet alleen een 'instrumenteel aspect' van art. 240b Sr. Zo omschreef de Memorie van Toelichting bij art. 240b Sr ook het doel van deze bepaling: de krachtige bestrijding van zedencriminaliteit heeft de bescherming van de lichamelijke en geestelijke gezondheid van kinderen tot doel. Er zit tevens een instrumenteel aspect aan het nastreven van dit doel: effectieve bestrijding van zedendelicten is niet mogelijk indien niet ook kinderpornografie krachtig wordt bestreden, aldus de Memorie van Toelichting.¹⁹ Het instrumentele aspect van de strafbepaling betreft de effectiviteit waarmee het doel van rechtsbescherming wordt nagestreefd.

Een meer nauwkeurige analyse laat derhalve het tweeledige karakter zien van het doel van art. 240b Sr. Allereerst is het doel van de bepaling de bescherming van kinderen tegen seksueel misbruik. Het doel van de strafbepaling dient daarom te worden omschreven als een vorm van rechtsbescherming. Het nastreven van dit doel via art. 240b Sr is gebaseerd op een effectiviteitsgedachte: door de strafbaarstelling van privébezit van kinderporno wordt de effectiviteit van de rechtsbescherming van kinderen vergroot. Deze effectiviteitsgedachte vormt een instrumenteel aspect van de strafbepaling. Uit deze analyse blijkt dat het instrumentele en het beschermende aspect van het doel van art. 240b Sr nauw met elkaar samenhangen: de effectiviteit van de strafbepaling bestaat uit het vergroten van de rechtsbescherming van kinderen.

Ook de garanties voor de verdachte die 't Hart aanduidt met de term 'beschermend aspect' blijken bij een nadere analyse een tweeledig karakter te hebben. Deze garanties bevatten zowel instrumentele als beschermende aspecten. De regelconceptie van legaliteit is mede gebaseerd op de instrumentele gedachte dat duidelijke regelgeving de effectiviteit van strafbepalingen vergroot. Het sturende vermogen van het strafrecht neemt toe wanneer strafrechtelijke normen zijn neergelegd in kenbare en voorzienbare regels waarop burgers hun gedrag kunnen afstemmen.

Deze analyse laat zien dat er instrumentele overwegingen ten grondslag liggen aan het legaliteitsbeginsel. Deze overwegingen houden in dat de kenbaarheid en de voorzienbaarheid van strafbepalingen de effectiviteit ervan bevordert. Het sturende vermogen van onkenbaar en onvoorzienbaar strafrecht is per definitie gebrekkig. Onkenbaar en onvoorzienbaar recht kan immers niet effectief zijn bij het verwezenlijken van het doel van het strafrecht: de regulering van gedrag.²⁰

Er is ook hier een nauwe samenhang tussen instrumentele en beschermende aspecten

V. Zie ook Theo de Roos, *Recht, orde en het nut van het algemeen*, Nederlands Tijdschrift voor Rechtsfilosofie en Rechtstheorie 1997, jrg. 26 afl. 1, p. 29-30 en de daar aangehaalde literatuur.

¹⁹ TK 1993-1994, 23 682, nr. 3, p. 2 en 3, geciteerd in de conclusie van Machielse voor NJ 1998, 782.

²⁰ Ook andere beginselen van het materiële strafrecht hebben instrumentele aspecten. Zo impliceert het schuldbeginsel dat het bestraffen van personen slechts instrumenteel kan zijn wanneer personen verwijtbaar hebben gehandeld. Bij het ontbreken van verwijtbaarheid kan het strafrecht niet sturend werken. Ontbreken van verwijtbaarheid betekent immers dat de dader niet anders had kunnen handelen. Bestrafing is in dergelijke gevallen volgens een plausibele uitleg van het instrumentalisme *irrationeel* omdat de bestraffing geen redelijk doel dient. De Jong gaat hieraan voorbij wanneer hij stelt dat de 'minimalisering van het schuldbeginsel' een gevolg is van een 'instrumentele benadering' van het strafrecht. Zie D.H. de Jong, *Het strafrechtelijke schuldbegrip: ontwikkeling of ontbinding*, Delikt en Delinkwent 29 (1999), afl. 1, p. 2. Vgl. J. de Hullu, *Bedreigingen voor het schuldbeginself*?, in: M.J. Borgers, I.M. Koopmans, F.G.H. Kirsten (red.), *Verwijtbare uitholling van schuld?*, Nijmegen: Ars Aequi Libri 1998, p. 186.

van strafbepalingen. Die samenhang heeft allereerst betrekking op de rechten van mogelijke slachtoffers. Deze rechten worden beter beschermd wanneer strafrechtelijke normen in kenbare en voorzienbare wetgeving zijn neergelegd. Vergroting van het regulerende vermogen van het strafrecht betekent immers vergroting van de rechtsbescherming van mogelijke slachtoffers.

Daarnaast heeft het beschermende aspect betrekking op de rechten en vrijheden van alle burgers. Deze rechten en vrijheden worden beter afgebakend met duidelijke wetgeving dan met onkenbare normen of onvoorzienbare bestraffing. Een duidelijke afbakening via strafbepalingen betekent een garantie voor het ongestoorde genot van de rechten en vrijheden van burgers. De wetgever geeft met behulp van strafbepalingen aan hoe groot de vrijheid van burgers is en hoe ver hun rechten reiken. Onvoorzienbare bestraffing zonder duidelijke voorafgaande strafbepaling zou een ontoelaatbare inbreuk zijn op de vrijheid van burgers die ervan uit mogen gaan dat hun rechten worden afgegrensd door kenbare en voorzienbare regels in wetgeving.

Het is de vraag in hoeverre verdachten zich op deze legistische vrijheid kunnen beroepen om onder bestraffing van bepaalde gedragingen uit te kunnen komen. De legistische opvatting over vrijheid is onderdeel van een regelconceptie van legaliteit. Rechten en vrijheden van burgers worden echter niet alleen bepaald door de duidelijke tekst van wetgeving en de bedoelingen van de wetgever, maar ook door de rechten en vrijheden van andere burgers. Legaliteit mag daarom niet worden beperkt tot een regelconceptie. Ook de rechtenconceptie van legaliteit moet worden betrokken bij de vraag of bestraffing van burgers gerechtvaardigd is.

Het voorbeeld van het bezit van kinderporno 'voor eigen gebruik' kan dit standpunt verduidelijken. Een bezitter van kinderporno voor eigen gebruik kan zich erop beroepen dat de tekst van de wet ('in voorraad hebben') en de bedoelingen van de wetgever (met name de bedoelingen van minister van Justitie Sorgdrager) lijken uit te sluiten dat hij strafbaar is. Daaruit zou kunnen worden geconcludeerd dat bezit voor eigen gebruik wegens het ontbreken van een eenduidige en democratisch gelegitimeerde strafbepaling in strijd is met het legaliteitsbeginsel.²¹

Bij de vervaardiging van kinderporno worden echter de rechten van kinderen op zeer grove wijze geschonden. De afbeelding die de pornoconsument in zijn bezit heeft, bijvoorbeeld de foto van een anale verkrachting van een zeer jeugdig kind,²² is een overduidelijk bewijs van die grove rechtenschending. Door het kopen of op andere wijze verwerven van kinderporno houdt de consument een markt in stand die de schending van de rechten van kinderen bevordert. Er is daarom een heel duidelijk verwijt te formuleren ten opzichte van de consument van kinderporno: hij weet dat de porno is vervaardigd door middel van een grove schending van de rechten van kinderen en hij weet ook dat hij met zijn consumptieve gedrag dergelijke schendingen in de hand werkt.

Dat verwijt is veel duidelijker dan het verwijt dat een consument van kinderporno in strijd zou handelen met de letterlijke tekst van de wet of de bedoelingen van de wetgever. Dat laatste verwijt is volgens de regelconceptie van legaliteit een noodzakelijke voorwaarde om

²¹ Een extra argument voor deze conclusie kan worden gevonden in een Handleiding van de Procureurs-Generaal op grond waarvan privébezit van kinderporno niet werd vervolgd. Zie hierover N.M. Nierop, *Het in voorraad hebben van kinderporno: strafbaar?*, p. 1774-1775.

²² Zie voor dit voorbeeld N.M. Nierop, a.w., p. 1770-1771.

een burger te kunnen bestraffen. Dit formalistische verwijt is echter voor een belangrijk deel gebaseerd op een juridische fictie: burgers zouden in de maatschappelijke werkelijkheid hun gedrag afstemmen op de letterlijke tekst van wetgeving en op de parlementaire toelichtingen. Er zijn waarschijnlijk maar weinig mensen die op een dergelijke wijze hun gedrag laten bepalen door het Staatsblad en de kamerstukken.

De regelconceptie van legaliteit is gebaseerd op formele verwijtbaarheid, terwijl de rechtenconceptie berust op materiële verwijtbaarheid. De rechtenconceptie van legaliteit gaat uit van de verwachting dat burgers hun gedrag niet alleen laten bepalen door de tekst van formele wetgeving, maar ook door de rechten en vrijheden van andere burgers. Formele wetgeving dient volgens de rechtenconceptie immers te zijn gericht op de bescherming van de rechten en vrijheden van alle burgers. Van burgers mag daarom worden verwacht dat zij wetgeving uitleggen in het licht van de strekking ervan. Een strafrechtelijk verwijt is vooral gebaseerd op de veronderstelling dat de dader een moreel besef heeft van de rechten en vrijheden van anderen en dat hij in strijd met dit morele besef heeft gehandeld.²³

De man die ontucht pleegt met het minderjarige kind van zijn vriendin heeft niet eerst de tekst van art. 249 Sr en de kamerstukken uit de jaren dertig geraadpleegd om vast te stellen of hij de vrijheid heeft om de ontucht te plegen. Wanneer hij dat wel zou hebben gedaan, dan zou het materiële verwijt aan de dader alleen maar sterker worden: hij heeft welbewust de leemten in de wet opgezocht om de rechten van een kind te kunnen schenden. Het is de vraag of deze dader rechtsbescherming kan claimen voor zijn gedrag of dat hij met dit gedrag juist zijn aanspraak op bescherming verspeelt.

Legaliteit volgens het Europese Hof: art. 8 en 3 EVRM

Deze laatste vraag kan worden beantwoord aan de hand van de rechtspraak van het Europese Hof voor de Rechten van de Mens. In deze rechtspraak zijn twee ontwikkelingen waar te nemen met betrekking tot legaliteit in het materiële strafrecht. Allereerst heeft het Hof op grond van het Europese Verdrag voor de Rechten van de Mens de aanspraak van slachtoffers erkend op bescherming tegen misdaad. Verdragsluitende staten hebben volgens het Europese Hof een verdragsrechtelijke verplichting om adequate strafrechtelijke voorzieningen te bieden ter bescherming van de rechten van slachtoffers. Ten tweede heeft het Hof een materiële uitleg gegeven aan het legaliteitsbeginsel van art. 7 EVRM. Bestrafing van daders kan niet alleen plaatsvinden op grond van formele wetgeving, maar ook op grond van rechtspraak waarin die wetgeving is uitgelegd in het licht van veranderende omstandigheden.

Deze twee ontwikkelingen wijzen erop dat ook de rechter bij de uitleg van strafbepalingen verplicht is om rekening te houden met de mensenrechten van slachtoffers van misdrijven. Ik zal in deze en de volgende paragraaf de relevante rechtspraak van het Europese Hof bespreken en daarbij trachten te laten zien dat deze conclusie uit de besproken rechtspraak voortvloeit.

De zaak van X en Y tegen Nederland was een gevolg van een leemte in de Nederlandse strafwetgeving. Een man dwong een geestelijk gehandicapte vrouw van zestien jaar tot geslachtsgemeenschap. De vader van de vrouw diende hierover een klacht in bij de

²³ Ik denk dat deze conclusie in overeenstemming is met het relationele rechtsbegrip van Foqué en 't Hart. Zie A.C. 't Hart, *Openbaar ministerie en rechtshandhaving*, Arnhem: Gouda Quint 1994, p. 229 en de aldaar vermelde literatuur. Zie ook Klaas Rozemond, *Strafvorderlijke rechtsvinding*, p. 399-402.

politie, maar de Nederlandse wet stond op dat moment niet toe dat in dit geval een vertegenwoordiger een klacht indiende.²⁴ De officier van justitie seponeerde de zaak. Het Hof Arnhem wees een beklag ex art. 12 Sv over het niet vervolgen af met de motivering dat de vader van de geestelijk gehandicapte vrouw niet bevoegd was tot het indienen van een klacht bij de politie.

Het Europese Hof stelde allereerst vast dat art. 8 EVRM in deze zaak van toepassing was. Het begrip privéleven omvat volgens het Hof ook de fysieke en morele integriteit, inclusief het seksuele leven van personen. Het Hof was van oordeel dat art. 8 EVRM niet alleen een negatieve verplichting voor staten inhoudt om zich te onthouden van inbreuken op de persoonlijke levenssfeer van burgers. Deze bepaling houdt tevens positieve verplichtingen voor staten in. Deze positieve verplichtingen zijn volgens het Hof inherent aan een effectief respect voor het privéleven of het gezinsleven. Positieve verplichtingen kunnen bestaan uit het nemen van maatregelen ter bescherming van het privéleven, ook in de sfeer van relaties tussen burgers onderling.²⁵

Het Europese Hof was tevens van oordeel dat civielrechtelijke mogelijkheden om de dader aan te spreken in dit geval tekortschoten in het licht van de fundamentele waarden en essentiële aspecten van het privéleven die in het geding waren. Het Hof overwoog dat de Nederlandse strafwetgeving voor dit geval ook strafrechtelijke bepalingen bevatte, maar dat deze bepalingen niet konden worden toegepast in verband met de leemte in de regeling van het indienen van een klacht door een vertegenwoordiger.²⁶

Het Europese Hof onthield zich van een oordeel over de beslissing van het Hof Arnhem om de leemte niet op te vullen door middel van een extensieve interpretatie van de Nederlandse wetgeving. De interpretatie van nationaal recht is volgens het Europese Hof een bevoegdheid van de nationale rechter. Het bestaan van de leemte kon echter wel aan de nalatigheid van de Nederlandse staat worden toegerekend. Er was naar het oordeel van het Europese Hof sprake van een schending van art. 8 EVRM wegens het ontbreken van een praktische en effectieve bescherming van het privéleven van de geestelijk gehandicapte vrouw.²⁷ Het Hof liet verder in het midden of er ook sprake was van schending van art. 3, 13 en 14 EVRM.²⁸

In een arrest van 23 september 1998 kwam het Europese Hof tot een vergelijkbare beslissing. Deze uitspraak had betrekking op een vrijspraak door een Engelse jury van een stiefvader die zijn negenjarige zoon met een stok had geslagen. Blijkens een medisch rapport vertoonde het lichaam van de jongen op vijf plaatsen blauwe plekken of striemen. De vrijspraak door de jury was gebaseerd op het oordeel dat de afranseling van de jongen redelijk was in het kader van de opvoeding. Dat kan worden afgeleid uit de instructie van de rechter aan de jury in deze zaak.²⁹

²⁴ Het huidige art. 65 lid 1 Sr bevat thans wel die mogelijkheid.

²⁵ Overweging 22 en 23 in EHRM 26 maart 1985, NJ 1985, 525 n.nt. EAA.

²⁶ Overweging 27 in het arrest.

²⁷ Overweging 28, 29 en 30.

²⁸ Overweging 32, 34 en 36.

²⁹ Overweging 9-11 in EHRM 23 september 1998 nr. 111/1997/884/1096, in samengevatte vorm gepubliceerd in het Nederlands Juristenblad 1998, nr. 39.

In navolging van de Europese Commissie en de Britse regering was het Europese Hof van oordeel dat hier sprake was van een onmenselijke of vernederende behandeling of bestraffing in de zin van art. 3 EVRM. Het Hof was tevens van oordeel dat het Verenigd Koninkrijk als staat verantwoordelijk kon worden gehouden voor deze schending. Het Hof beargumenteerde dit oordeel met een verwijzing naar art. 1 EVRM. Volgens deze bepaling zijn verdragsluitende staten verplicht de rechten en vrijheden van iedere burger te beschermen.

In samenhang met art. 3 EVRM betekent dit volgens het Hof dat staten verplicht zijn maatregelen te nemen om te zorgen dat burgers niet worden onderworpen aan marteling of onmenselijke of vernederende behandeling of bestraffing door andere burgers. Deze verplichting geldt speciaal voor kinderen en andere kwetsbare personen. Het Hof wees daarbij op art. 19 en 37 van het Verdrag inzake de rechten van het kind waarin verplichtingen voor staten zijn opgenomen om maatregelen te nemen ter bescherming van kinderen.³⁰

Het Hof kwam tot de conclusie dat het Engelse recht geen adequate bescherming bood tegen een inbreuk op art. 3 EVRM zoals in deze zaak had plaatsgevonden. Ook de Britse regering erkende in deze zaak dat het nationale recht tekortschoot. Uit de beslissing van het Europese Hof kan niet direct worden afgeleid op welk punt het Engelse recht een leemte bevatte. Blijkens de door het Hof aangehaalde wetgeving verbiedt het Engelse recht lijfstraffen die onmenselijk of vernederend zijn.³¹ Het lijkt er daarom op dat het Europese Hof een negatief oordeel uitsprak over de wijze waarop de jury en de rechter die de jury instrueerde tot een beslissing waren gekomen.³² Het Hof liet verder in het midden of in deze zaak ook art. 8, 13 en 14 waren geschonden.³³

Uit deze twee arresten van het Europese Hof blijkt dat slachtoffers horizontale en verticale aanspraken kunnen ontlenen aan het EVRM. De horizontale aanspraken zijn gericht tot andere burgers die inbreuk maken op de rechten die in het EVRM zijn neergelegd. De verticale aanspraken hebben betrekking op de verplichtingen van staten om adequate maatregelen te nemen ter bescherming van de rechten van burgers tegenover andere burgers. In bepaalde gevallen dienen deze maatregelen in verband met de ernst van de inbreuken te bestaan uit strafrechtelijke bescherming.

De verticale verplichting geldt voor de staat in zijn hoedanigheid van wetgever. Dit impliceert een beperking van de democratische keuzevrijheid van staten. In bepaalde gevallen zijn staten verdragsrechtelijk verplicht om strafrechtelijke maatregelen te nemen ter bescherming van de persoonlijke levenssfeer van burgers. Die verplichting geldt ook wanneer een democratisch gekozen meerderheid strafrechtelijke bescherming onwenselijk zou achten. Het is echter de vraag of uit de rechtspraak van het Europese Hof ook voor de nationale rechter een verdragsrechtelijke verplichting voortvloeit om het geldende recht uit te leggen in overeenstemming met de bepalingen van het EVRM.³⁴

³⁰ Overweging 22 van het arrest.

³¹ Overweging 12-14.

³² Overweging 10 en 23.

³³ Overweging 28 en 30.

³⁴ Uit art. 94 Gw kan een *constitutionele* plicht voor de rechter worden afgeleid om wettelijke bepalingen verdragsconform uit te leggen.

In de zaak van X en Y tegen Nederland uit 1985 was het Europese Hof terughoudend in zijn oordeel over de wijze waarop het Hof Arnhem het Nederlandse recht interpreteerde. Het is echter duidelijk dat de restrictieve interpretatie door het Hof Arnhem ertoe leidde dat in deze zaak art. 8 EVRM werd geschonden. Een extensieve uitleg van de strafrechtelijke klachtregeling had een dergelijke schending kunnen voorkomen.³⁵ In de zaak tegen het Verenigd Koninkrijk uit 1998 sprak het Europese Hof zich directer uit over de beslissing van de jury en de instructie van de rechter. De vrijspraak door de jury lijkt in deze zaak de schending te zijn van art. 3 EVRM.

In ieder geval bevat het EVRM een aantal bepalingen die aanknopingspunten bevatten voor een verdragsconforme interpretatie van strafbepalingen (art. 1, 2, 3, 8, 13 en 14 EVRM). Art. 7 EVRM zou echter een beletsel kunnen zijn voor een verdragsconforme invulling van leemten in het strafrecht door de rechter. Wanneer een rechter via een extensieve interpretatie leemten opvult, zou het geldende recht wellicht onvoldoende kenbaar en voorzienbaar zijn om een toets aan het legaliteitsbeginsel van art. 7 EVRM te kunnen doorstaan.

Legaliteit volgens het Europese Hof: art. 7 EVRM

Het legaliteitsbeginsel van art. 7 EVRM stond ter discussie in een arrest van 22 november 1995 van het Europese Hof. In een Engelse zaak was het House of Lords tot de conclusie gekomen dat het strafrecht inzake verkrachting binnen het huwelijk diende te worden gewijzigd. Volgens opvattingen van Engelse rechtsgeleerden uit de achttiende en negentiende eeuw was verkrachting binnen het huwelijk niet strafbaar. Deze opvattingen waren neergelegd in rechtspraak. Ook een wet van 1976 waarin 'unlawful sexual intercourse' strafbaar was gesteld 'with a woman who at the time of the intercourse does not consent to it' werd in overeenstemming met de oude rechtspraak uitgelegd. 'Unlawful' betekende volgens vaste rechtspraak 'buiten echt'.

In de rechtspraak waren wel uitzonderingen aanvaard op de regel dat verkrachting binnen het huwelijk niet strafbaar was. Die uitzonderingen betroffen gevallen waarin echtgenoten met wederzijdse instemming hadden besloten om te scheiden of waarin een rechterlijk bevel was gegeven tot scheiding van tafel en bed. Het House of Lords besliste in 1991 echter dat de regel dat verkrachting binnen het huwelijk niet strafbaar was, achterhaald was en daarom niet langer diende te worden toegepast. De beslissing van het House of Lords werd in deze zaak met terugwerkende kracht toegepast in de zin dat deze beslissing de eerste was waarin de rechter expliciet stelde dat de verouderde regel niet meer gold.³⁶

De beslissing van het House of Lords was gebaseerd op de overweging dat

³⁵ Leijten verweet het Arnhemse Hof gebrek aan 'Zivilcourage' bij het opvullen van de leemte in de wet. Zie punt 6 van de noot van Alkema onder NJ 1985, 525.

³⁶ Ter voorkoming van overgangsrechtelijke problemen zou een rechter in de zaak waarin hij voor het eerst een nieuwe beslissing toepast kunnen overwegen om geen straf of maatregel op te leggen in verband met de bijzondere omstandigheden van het geval. In het Chabot-arrest lijkt de Hoge Raad deze oplossing toe te passen (zie overweging 7.3 in HR 21 juni 1994, NJ 1994, 656 m.nt. Sch). Deze oplossing was in de Chabot-zaak noodzakelijk omdat de verdachte zich te goeder trouw op het tot dan toe kenbare recht had gebaseerd bij hulp bij zelfdoding. Het is echter de vraag of een man op vergelijkbare wijze te goeder trouw kan worden geacht bij de verkrachting van de vrouw waarmee hij is getrouwd op een moment dat een rechter nog niet nadrukkelijk heeft beslist dat een dergelijke verkrachting strafbaar is.

opvattingen uit de achttiende en negentiende eeuw over het huwelijk niet meer pasten bij moderne opvattingen over de status van het huwelijk en de gelijkwaardigheid van de vrouw. Volgens het House of Lords is het recht in staat zich aan te passen aan deze veranderde maatschappelijke omstandigheden en opvattingen. Daarmee wordt geen nieuw strafbaar feit gecreëerd, maar wordt slechts een aanstootgevende anachronistische fictie verwijderd uit een bestaande strafbepaling, aldus de hoogste Engelse rechter.

Het Europese Hof overwoog in deze zaak dat art. 7 EVRM moet worden uitgelegd aan de hand van het doel van deze bepaling: het bieden van effectieve waarborgen tegen willekeurige vervolging, veroordeling en bestraffing. Art. 7 EVRM is gebaseerd op het beginsel dat alleen het recht een strafbaar feit en een straf kan omschrijven en op het beginsel dat strafbepalingen niet analoog mogen worden toegepast.

Uit deze beginselen volgt dat strafbare feiten duidelijk in het recht dienen te zijn omschreven. Een persoon moet aan de hand van de tekst van de wet en rechterlijke interpretaties daarvan kunnen nagaan welke gedragingen onder de strafwet vallen. Zowel geschreven als ongeschreven recht kan volgens het Europese Hof een bron van strafrecht zijn, mits deze bronnen voldoen aan de vereisten van kenbaarheid en voorzienbaarheid.

Rechterlijke interpretatie ter verduidelijking van strafbepalingen of ter aanpassing aan veranderende omstandigheden is daarbij onvermijdelijk. Volgens het Europese Hof is de ontwikkeling van het strafrecht via rechtspraak een noodzakelijk onderdeel van de rechtsstelsels van de verdragsluitende staten. Een voorwaarde daarbij is wel dat het resultaat van rechterlijke interpretaties aansluit bij de essentie van een strafbaar feit en dat een bepaalde ontwikkeling in de rechtspraak redelijkerwijs is te voorzien.³⁷

Het Europese Hof concludeerde dat de beslissing van het House of Lords niet in strijd was met art. 7 EVRM. Deze beslissing was het resultaat van een duidelijk kenbare evolutie in Engelse rechtspraak die bovendien aansloot bij de essentie van de strafbepaling. Deze evolutie had volgens het Europese Hof een stadium bereikt waarin de afschaffing van de regel inzake straffeloosheid van verkrachting binnen het huwelijk redelijkerwijs was te voorzien.

Het Europese Hof voegde hieraan toe dat het vernederende karakter van verkrachting zo evident is dat het resultaat van de Engelse rechtspraak niet onverenigbaar is met het doel van art. 7 EVRM. De strafrechtelijke veroordeling van een verkrachting binnen het huwelijk is niet een vorm van willekeurige vervolging, veroordeling en bestraffing. De schrapping van de strafrechtelijke immuniteit van de echtgenoot bij verkrachting is volgens het Europese Hof in overeenstemming met een beschaafde opvatting over het huwelijk en bovendien in overeenstemming met de meer algemene doelen van het Europese Verdrag voor de Rechten van de Mens. De essentie van die doelen is respect voor menselijke waardigheid en vrijheid.³⁸

Aan de hand van deze laatste overweging kan een verbinding worden gelegd met de twee hiervoor besproken uitspraken van het Europese Hof over art. 3 en 8 EVRM en de positieve verplichting van staten om adequate bescherming te bieden. Een verkrachting is een zeer grove schending van de rechten van de vrouw. Deze rechten vallen onder de bescherming van art. 3 en art. 8 EVRM. Om die reden kunnen vrouwen een aanspraak op

³⁷ Overweging 32 en 33 in EHRM 22 november 1995, NJ 1997, 1 m.nt. Kn. Vergelijkbare overwegingen ten aanzien van legaliteit in de zin van art. 10 lid 2 en art. 8 lid 2 EVRM zijn te vinden in het Sunday Times-arrest (EHRM 26 april 1979, NJ 1980, 146 m.nt. EAA) en het Kruslin-arrest (EHRM 24 april 1990, NJ 1991, 523 m.nt. EJD).

³⁸ Overweging 41 en 42.

rechtsbescherming maken ten opzichte van staten die verdragsrechtelijk verplicht zijn adequate strafrechtelijke maatregelen te nemen ter bescherming van de lichamelijke en morele integriteit van vrouwen.

Het onthouden van deze bescherming aan getrouwde vrouwen staat op gespannen voet met het discriminatieverbod van art. 14 EVRM. Het beroep van een verkrachtende echtgenoot op art. 7 EVRM is bovendien moeilijk verenigbaar met art. 17 EVRM: de man claimt bescherming van een recht, terwijl hij zelf welbewust en op grove wijze een inbreuk maakt op de rechten van zijn echtgenote die onder de bescherming van art. 3 en 8 EVRM vallen. Het Europese Hof verwees niet expliciet naar art. 3, 8, 14 en 17 EVRM om zijn beslissing inzake verkrachting binnen het huwelijk te onderbouwen. Een dergelijke verwijzing lijkt echter wel in de overwegingen van het Hof besloten te liggen.³⁹

De rechten van art. 3 en 8 EVRM zijn tevens van belang om het oude Nederlandse recht inzake verkrachting binnen het huwelijk te kunnen beoordelen. Tot 1991 bevatte art. 242 Sr het bestanddeel 'buiten echt' waardoor verkrachting binnen het huwelijk niet strafbaar was. De handhaving van dit bestanddeel stond op gespannen voet met art. 3 en 8 EVRM. Uit de conclusie van A-G Meijers voor HR 9 februari 1988, NJ 1988, 613 blijkt dat de wetgever bijzonder laks was met het schrappen van dit bestanddeel. Blijkens de conclusie van Meijers had de stafafdeling Wetgeving Publiekrecht van het ministerie van Justitie aan hem meegedeeld dat een wetsvoorstel tot wijziging van art. 242 Sr 'in deze kabinetsperiode niet te verwachten was'. Meijers schreef zijn conclusie drie jaar nadat het Europese Hof Nederland had veroordeeld wegens de leemte in de strafrechtelijke bescherming van geestelijk gehandicapten.

Ook de Hoge Raad besteedde in het genoemde arrest uit 1988 geen enkele aandacht aan het fundamentele recht van vrouwen op strafrechtelijke bescherming tegen verkrachting binnen het huwelijk. In het arrest blokkeerde de Hoge Raad de mogelijkheid van een dergelijke bescherming via art. 246 Sr met een technisch-juridisch beroep op de specialiteitsbepaling van art. 55 lid 2 Sr. In zijn kritische noot onder het arrest wees G.E. Mulder erop dat het vrijwel onmogelijk is om met de moraal van onze betovergrootvaders ('onze betovergrootmoeders hadden nog geen stem in het kapittel') tot een bevredigende wetstoepassing te komen. In zijn conclusie voor het arrest had A-G Meijers er in navolging van Remmelink⁴⁰ al op gewezen dat rechtsvinding altijd een ethisch appèl is, maar de Hoge Raad ging op dit appèl niet in.

De rechtspraak inzake verkrachting binnen het huwelijk uit de jaren tachtig is een extreem voorbeeld van een formalistische regelconceptie van legaliteit. Veranderde omstandigheden en fundamentele rechten speelden in deze rechtspraak geen expliciete rol. Een verdragsconforme interpretatie van het begrip buiten echt viel tien jaar geleden volledig buiten het gezichtsveld van de Nederlandse rechter. Dit begrip had wellicht zo kunnen worden uitgelegd dat in ieder geval ook de situaties eronder vallen waarin het voor een echtgenoot duidelijk is dat het huwelijk materieel ten einde is, bijvoorbeeld omdat hij of zijn vrouw een vordering tot echtscheiding heeft ingediend. De Hoge Raad legde het begrip echter formalistisch uit. Er was zelfs nog geen sprake van 'buiten echt' wanneer een echtscheidingsvonnis al was uitgesproken, maar nog niet was ingeschreven in de registers van de

³⁹ Vgl. punt 5 van de noot van Knigge onder het arrest.

⁴⁰ Noyon-Langemeijer-Remmelink, aant. 3 bij art. 1 Sr.

burgerlijke stand.⁴¹

Ten opzichte van deze formalistische rechtspraak uit de jaren tachtig is het Stiefkind-arrest een vooruitgang. De Hoge Raad gaf in het Stiefkind-arrest nadrukkelijk aan dat de strekking van de strafbepaling (bescherming van minderjarigen) en veranderde maatschappelijke omstandigheden argumenten kunnen zijn om de bepaling extensief te interpreteren. Toch kende de Hoge Raad in dit arrest nog een zwaar gewicht toe aan de wetsgeschiedenis van art. 249 Sr.

Het Tongzoon-arrest gaat in vergelijking met het Stiefkind-arrest weer een stap verder. De Hoge Raad legde in dat arrest de wetsgeschiedenis uit als een dwingend argument voor een extensieve interpretatie, hoewel de wisselvalligheden van de wetsgeschiedenis niet direct in die richting wezen. De Hoge Raad interpreteerde hier de bedoelingen van de wetgever in het licht van de strekking van de bepaling: bescherming van de lichamelijke integriteit. In het Kinderporno-arrest ging de Hoge Raad zelfs nadrukkelijk in tegen de bedoelingen van de wetgever met het argument dat de strekking van de wet (bescherming van kinderen) diende te prevaleren boven de nuancerings die tijdens de parlementaire behandeling werden geuit.

De ontwikkelingen in de rechtspraak van de Hoge Raad zouden nog een stap verder kunnen gaan: de Hoge Raad zou expliciet kunnen verwijzen naar verdragsrechtelijke verplichtingen om bepaalde rechten te beschermen. De laatste stap die daarbij noodzakelijk is om een extensieve interpretatie te rechtvaardigen is een substantiële toetsing aan art. 7 EVRM en aan het doel van deze verdragsbepaling: het verschaffen van waarborgen tegen willekeurige vervolging, veroordeling en bestraffing. Een rechterlijke interpretatie is gerechtvaardigd wanneer de rechter laat zien dat zijn interpretatie niet willekeurig is, maar juist voortvloeit uit de rechten die het Europese Verdrag voor de Rechten van de Mens beoogt te beschermen.

Conclusie: het streven naar evenwicht

De rechtenconceptie van legaliteit is niet bedoeld als volledige vervanging van de regelconceptie van legaliteit. De rechtenconceptie tracht een verklaring te geven voor de normatieve grondslagen van de regelconceptie van legaliteit. De regelconceptie is gebaseerd op een normatieve filosofie over het recht van burgers op bescherming tegen willekeurige bestraffing en het recht van burgers op participatie in democratische besluitvorming. De rechtenconceptie van legaliteit wil allereerst deze rechten nader expliciteren.

Vervolgens probeert de rechtenconceptie de leemten te laten zien in een formalistische toepassing van wetten waarbij de letterlijke wettekst en de wetshistorische bedoelingen doorslaggevend zijn. Een formalistische wetstoepassing kan tekortschieten ten opzichte van de fundamentele rechten die het strafrecht beoogt te beschermen. Formalistische wetstoepassing kan bovendien moeilijk te rechtvaardigen zijn op grond van een opvatting over democratische legitimatie waarin recente ontwikkelingen in recht en samenleving zwaarder wegen dan achterhaalde of tegenstrijdige bedoelingen van de wetgever.

Ook volgens een rechtenconceptie van legaliteit zijn duidelijk kenbare en democratisch gelegitimeerde rechtsregels een belangrijk onderdeel van het recht. Fundamentele rechten van burgers roepen voor de wetgever de verplichting in het leven om duidelijke regels af te kondigen ter bescherming van burgers tegen willekeurige bestraffing. Tegelijk dienen deze regels volgens een rechtenconceptie te worden uitgelegd in het licht van

⁴¹ Zie punt 6 van de conclusie van A-G Meijers voor NJ 1988, 613.

de fundamentele rechten van slachtoffers die zij beogen te beschermen. De radicale verandering van de rechtenconceptie ten opzichte van de regelconceptie is dat de rechter niet stil mag blijven staan bij de letterlijke tekst van de wet en de historische bedoelingen van de wetgever. De rechter dient zich nadrukkelijk af te vragen welke rechten in het geding zijn bij de interpretatie van strafbepalingen.⁴²

Deze rechten roepen spanningen op die moeten worden opgelost door middel van een streven naar *evenwicht* tussen waarborgen tegen willekeur en bescherming van slachtoffers. Het Europese Hof heeft in zijn rechtspraak inzake eerlijke procesvoering de verdragsrechtelijke verplichting benadrukt om naar een evenwicht te zoeken tussen de rechten van verdachten en van getuigen en slachtoffers.⁴³ In de rechtspraak van de Hoge Raad komt het streven naar evenwicht tot uiting in de afweging van wetshistorische bedoelingen, duidelijke afgrenzingen en beschermende strekkingen van strafbepalingen.

In het ideale geval is ook de wetgever zich bewust van zijn verdragsrechtelijke verplichting om duidelijke wetgeving af te kondigen ter bescherming van de verschillende verdragsrechten. Een verantwoording ten opzichte van deze rechten bij het ontwerpen en behandelen van wetgeving zou aan rechters wetshistorische aanknopingspunten verschaffen om wetten uit te leggen in het licht van fundamentele rechten van burgers.

Een rechter kan echter ook zonder wetshistorische grondslag mensenrechtenverdragen gebruiken voor een verdragsconforme interpretatie van strafbepalingen. In ieder geval heeft de Nederlandse rechter de bevoegdheid om aan de hand van verdragen leemten in strafwetgeving te constateren. Volgens een rechtenconceptie van legaliteit heeft een rechter ook de plicht om door middel van verdragsconforme interpretatie te voorkomen dat de staat tekortschiet in de bescherming van mensenrechten.

⁴² In andere zin aant. 3 bij art. 1 Sr van Noyon-Langemeijer-Remmelink waar de nadruk wordt gelegd op het strafrecht als 'bevelsrecht' en de daarbij behorende grammaticale en wetshistorische interpretatiemethoden. Tegelijk wordt in deze aantekening erkend dat nieuwe inzichten in de aard van rechtsvinding verandering kunnen brengen in de interpretatiemethoden van de rechter.

⁴³ Overweging 70 in EHRM 26 maart 1996, NJ 1996, 741 m.nt. Kn (Doorson) en overweging 53 in EHRM 23 april 1997, NJ 1997, 635 m.nt. Kn (Van Mechelen).